

**LEY, PRINCIPIOS JURÍDICOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES
EN EL ACTUAR DE LOS JUECES Y LEGISLADORES.
UNA PROPUESTA POSITIVISTA
ANTE LA TEMPLANZA DEL CONSTITUCIONALISMO**

*LAW, JURIDICAL PRINCIPLES AND FUNDAMENTAL RIGHTS
IN THE ACTIONS OF JUDGES AND LEGISLATORS.
A POSITIVIST PROPOSAL
TO THE TEMPERANCE OF CONSTITUTIONALISM*

MIGUEL ÁNGEL SUÁREZ ROMERO
Universidad Nacional Autónoma de México

Fecha de recepción: 10-9-15

Fecha de aceptación: 12-1-16

Resumen: *Este artículo tiene como objeto de estudio los conceptos de Ley, principios jurídicos y derechos fundamentales, los cuales son analizados a partir de los planteamientos teóricos del jurista italiano Gustavo Zagrebelsky. A partir de dichas categorías conceptuales, se intenta replantear el paradigma del nuevo constitucionalismo proponiendo la viabilidad de un modelo de Estado Constitucional, donde paralelamente a la importante tarea de ponderación a cargo de los jueces constitucionales, sobreviva en condiciones de igualdad institucional la trascendente función del legislador racional. Se propone que este último actúe también como garante de aquellos principios y derechos, a través de normas de naturaleza legislativa que permitan un determinado nivel de certeza y seguridad, tanto en la esfera de los operadores jurídicos como de las personas titulares de derechos fundamentales.*

Abstract: *This article has as purpose of study the concepts of law, legal principles and fundamental rights, which are analyzed as from the theoretical approaches of the Italian jurist Gustavo Zagrebelsky. Based upon these conceptual categories, it is attempted to re-formulate the paradigm of the new constitutionalism, to propose the feasibility of a model or pattern of a Constitutional State, where in a parallel form to the important task of assessment by Constitutional judges, there survives, in conditions of institutional equality, the transcendental*

function of rational legislators. It is proposed that the latter act also as guarantors of those principles and rights, through provisions of a legislative nature rules that allow for a certain level of certainty and security, both in the sphere of legal operators as well as in that of the individuals endowed with any fundamental rights.

Palabras clave: ley, principios jurídicos, derechos fundamentales, constitucionalismo
Keywords: law, juridical principles, fundamental rights, constitutionalism

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo que se introduce toma como línea fundamental de su desarrollo, las ideas centrales del destacado jurista italiano Gustavo Zagrebelsky, quien fuera Juez, Presidente de la Corte Constitucional en Italia y en la actualidad profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Turín. El estudio se centra de manera específica en dos de sus principales obras; por un lado, aquella que tal vez más difusión e impacto ha dejado en la teoría jurídica contemporánea, cuyo título original es: *Il Diritto mitte, Legge diritti giustizia*¹ y, por el otro, una de más reciente difusión cuya versión en original es: *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*². El primero de los textos aludidos, ampliamente conocido y difundido en nuestra cultura jurídica, utiliza en la traducción castellana el término “dúctil”, el cual es un tanto cuestionado por su adecuada equivalencia, siendo tal vez más preciso o exacto el de “templanza” y de ahí el título que ha sido elegido para este ensayo. Dicha obra constituye, hasta nuestros días, una importante e imprescindible lectura para la comprensión de la evolución que ha tenido, durante la segunda mitad del siglo XX y estos primeros lustros del XXI, el concepto de Estado de Derecho y de constitucionalismo en la Europa continental con una importante influencia en regímenes constitucionales latinoamericanos y de forma muy concreta también en el pensamiento jurídico mexicano. La segunda de las obras mencionadas, tal vez menos difundida pero no por ello menos importante, en la cual se reafirma la postura del au-

¹ G. ZAGREBELSKY, *Il Diritto mitte. Legge diritti giustizia*, Giulio Einaudi editore, Torino, 1992. (Se cita la traducción castellana de Marina Gascón, *El dercho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1999.

² G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2009. (Se cita la traducción castellana de Manuel Martínez Neira y Adela Mora Cañada, *La Ley y su Justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Trotta, Madrid, 2014.

tor italiano presentando las dos caras del Derecho y el papel de la Ley en el Constitucionalismo de nuestros tiempos.

A nuestro modo de ver, apreciamos que el análisis de la obra que se ha descrito en su conjunto, puede ser hecho bien desde una perspectiva de la Filosofía del Derecho, desde una óptica de la Historia de las Instituciones jurídicas y también desde el plano estrictamente dogmático del Derecho Constitucional. Por ahora no haremos particular referencia a cada uno de estos enfoques, aunque si advertimos al lector que el estudio que sigue, ha de adscribirse esencialmente a la primera de las perspectivas señaladas siempre con aspectos vinculados a las otras dos, intentando de manera muy general ir presentando los rasgos y los lineamientos que caracterizan al nuevo Estado Constitucional, siempre a la luz de los conceptos de Ley, principios jurídicos y derechos fundamentales, bajo la óptica y la defensa de un modelo de positivismo jurídico que el autor turinés desprecia o por lo menos sí intenta abandonar.

En cuanto a su estructura, el trabajo se encuentra dividido en tres partes, en donde la primera de ellas presentará de manera sistemática las diferencias, pero sobre todo la superación de los postulados del viejo modelo de Estado de Derecho en relación al actual Estado Constitucional. Se comienza por establecer y a la vez cuestionar el postulado según el cual al ser el Estado Constitucional y democrático el paradigma de las sociedades occidentales actuales, es preciso que deje de considerarse a la Ley, entendida como voluntad del legislador omnipotente, como única fuente de derechos, para que ahora deba tomarse en cuenta la pluralidad de las sociedades y de las culturas, y así poder distinguir una serie de valores y principios, que como derechos fundamentales se incorporan en el texto constitucional.

En el segundo epígrafe se aborda el tema de la separación de los derechos de la Ley, vinculado a esa evolución que presenta el autor del derecho a la ley y su revés de la ley al derecho, intentando mantener la postura de que no debe existir tal separación radical, sino tal vez y aún más su complementación. Asimismo, se analiza la distinción entre derechos de libertad y de justicia que presenta nuestro autor de referencia, proponiendo la tesis de una Ética Pública que contemple todos los valores superiores del Ordenamiento.

En el tercer y último apartado, se estudia la forma en que debe entenderse la Ley y los principios en el Derecho del Estado Constitucional, así como el papel que juegan los jueces en su aplicación e interpretación, aquello que Zagrebelsky recientemente llama el deber y la responsabilidad actual de

los jueces constitucionales. Dichos principios de justicia deben permanecer como guía del sistema jurídico, de tal suerte que el juez al ponerlos en contacto con la realidad, pueda aplicar la Ley correcta en la solución de cada caso que se le presente. Esta ponderación y elección de principios que realiza el que aplica el Derecho, permite una mayor templanza en la aplicación, que del Derecho, debe hacer el órgano jurisdiccional, pero tomando como referente al legislador que incluso puede fijar reglas de aplicación e interpretación de dichos principios y del resto de normas del sistema que permitan garantizar un grado de certeza y seguridad, como en su momento parece proponerlo Luigi Ferrajoli. La compatibilidad y complementariedad entre Ley, derechos y justicia permitirán un mejor y más adecuado sistema jurídico que responda a las necesidades de nuestro tiempo.

2. FORMA DE ENTENDER LA LEY EN UN NUEVO ESTADO CONSTITUCIONAL

Para comenzar este apartado, debemos tomar en cuenta una premisa fundamental de la cual parte el autor italiano Gustavo Zagrebelsky, que consiste precisamente en aprender a considerar la esencia o idea sustancial de las cosas; ya que con frecuencia, cuando tenemos frente a nosotros un objeto de estudio, pretendemos conocerlo o describirlo tomando en consideración exclusivamente sus aspectos externos, sin tomar en consideración “la idea” de la cual proviene ese objeto, que generalmente permite que exista porque de lo contrario dicho objeto carecería de significado por sí mismo³. Esto, trasladado al ámbito de los juristas o estudiosos del Derecho, nos hace pensar que el problema ante el cual nos encontramos en el análisis de las diversas instituciones jurídicas de nuestros tiempos, no se encuentra en las normas válidas o vigentes de un determinado sistema, que a la vez han constituido el objeto principal de todo estudio científico del Derecho, sino que más bien se encuentra en las ideas, principios y valores que se encuentran tras ese conjunto de normas o leyes jurídicas positivas.

En este orden de ideas, enfocándonos directamente al terreno del Constitucionalismo, es posible percibir la evolución que han tenido los conceptos que han sido pilares del mismo. Así, en cuanto hace al concepto de “soberanía” cuyo origen está en el pensamiento de Juan Bodino, se obser-

³ Vid. G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, cit., pp. 9 y ss.

va que tuvo durante gran parte del siglo XX un papel trascendente en los Estados Constitucionales, implicando siempre una defensa de lo que se denominó supremacía al interior del territorio estatal y representatividad hacia el exterior del mismo⁴. Esto, desde el punto de vista jurídico, hace ver a la soberanía expresada como una reconducción de cualquier manifestación de fuerza política a la persona soberana del Estado. Ahora bien, tomando en consideración la forma y estructura de las sociedades actuales, caracterizadas por su pluralismo dentro de los sistemas democráticos, se plantea la posibilidad de sustituir la función ordenadora de la soberanía del Estado, por una soberanía de la Constitución⁵, en donde la tarea de ésta no sea exclusivamente la de establecer un proyecto predeterminado, sino más bien realizar las condiciones de su propia posibilidad. Es decir, la Constitución ya no debe tomarse como piedra angular de la cual deriva todo el sistema jurídico estatal, sino más bien como centro sobre el que convergen todas las demás normas del sistema, incluyéndose evidentemente las emanadas del legislador y las de la jurisdicción constitucional.

De esta forma es que el autor turinés propone lo que denomina ductilidad de la Constitución, consistente en la coexistencia de los valores y principios de la misma, que permitan que persista su afán de integración, pero a la vez garantice el pluralismo al que nos hemos referido⁶. En consecuencia, dichos principios constitucionales no podrán ser en ningún sentido absolutos, sino que concomitantemente deben convivir en su totalidad, sin que la aplicación de uno en determinados casos implique la supresión del otro u

⁴ Bodino, en las primeras líneas de su obra, nos dice que: “República es un justo gobierno de muchas familias y de lo común a ellas con suprema autoridad”. Una vez definida la República que en este caso equivale al concepto que le corresponde al término genérico ‘Estado’, tendríamos que precisar lo que debe entenderse por «suprema autoridad» ó «soberanía», que en palabras de su propio creador sería “el poder absoluto y perpetuo de una República”, J. BODINO, *Los seis libros de la República*, Tomo I, trad. de G. de Añastro Isunza, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 147 y 267 respectivamente.

⁵ Vid. G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, cit., pp. 12-14. Más recientemente el propio autor turinés reafirma esto con la defensa del concepto de Constitución pluralista, en donde “ya no existe un soberano efectivo y ya no existe tampoco la lucha por la soberanía como en los períodos duales. Cada sujeto social lucha para mejorar su propia posición pero en un contexto definido por la presencia de muchas fuerzas, políticas, económicas, culturales, tan numerosas que la pretensión de acabar con las demás y construir un poder soberano, es decir, ilimitado, como el de otros tiempos, resulta irreal”, G. ZAGREBELSKY, *La Ley y su Justicia*, cit., p. 302.

⁶ Vid. *Ibidem*, pp. 174 y ss.

otros que lo contraríen⁷. Se trata del abandono de aquello que el propio autor denomina “absolutismo legalista”, renunciando a la justicia formal para retornar a la justedad del derecho⁸. De este modo se rechaza también la idea de una jerarquización de principios, ya que todos tienen el mismo valor dentro del Ordenamiento⁹, sólo que habrá que ponderar su aplicación en los casos concretos. Pues como bien advierte Ronald Dworkin, el papel de los jueces en el control de la constitucionalidad es fundamental y asimismo se presentan como defensores de la democracia constitucional, por lo que no debe temerse a aquella posición que alega un abuso de poder de dichos operadores jurisdiccionales pues dicho peligro puede devenir de cualquier otro ente institucional¹⁰.

Como consecuencia de lo antes dicho, se defiende la existencia de una “dogmática jurídica líquida”, que permita la concurrencia de todos los principios que integran el orden constitucional de nuestra época, el cual dejaría de ser homogéneo para convertirse en heterogéneo. Aunque, como ya veremos más adelante, dicho carácter heterogéneo del Estado Constitucional actual, no debe implicar de manera necesaria un rompimiento o resquebrajamiento de los principios que rigen al Derecho como sistema y que pueden reducirse al de plenitud, coherencia y autonomía¹¹.

Ahora bien, dentro de esa concurrencia de principios en la Constitución actual de diversa índole y magnitud, sólo se justifica la existencia de un contenido esencial indiscutible dentro de la Constitución, el cual no puede ser abatido ni contradicho por nadie, que es precisamente “el principio de la pluralidad de los valores y principios”, sin el cual no sería posible caracterizar a las constituciones actuales como relativizadoras de esos mismos valores y principios entre sí, que es lo que permite que a su vez se vuelvan dúctiles o moderadas.

En este sentido, nos encontramos ante una transformación del tradicionalmente denominado Estado de Derecho –propio de la Europa continen-

⁷ Vid. G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, cit., pp. 14 y ss.

⁸ Vid. G. ZAGREBELSKY, *La Ley y su Justicia*, cit., pp. 22-30.

⁹ Nosotros aquí nos referimos al Ordenamiento como Institución, en el sentido en que lo hiciera Santi Romano, caracterizado entre otras cosas por su existencia objetiva, su autonomía y sobre todo su unidad, para lo cual puede verse S. ROMANO, *El Ordenamiento jurídico*, trad. de S. y L. Martín-Retortillo, Reus, Madrid, 2012, pp. 100-105.

¹⁰ Vid. R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 1996, p. 11.

¹¹ Sobre estos principios que rigen al sistema jurídico véase N. BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, trad. de E. Roza Acuña, Debate, Madrid, 1996, pp. 165 y ss.

tal- en un Estado Constitucional¹². Por lo que se refiere al primero de los señalados, esto es al Estado de Derecho, se debe aludir a algunos de sus rasgos característicos y a partir de los cuales se va a plantear otra forma de entenderlos. Así pues, se señala el “principio de legalidad” propio de todo Estado de Derecho, el cual es entendido como una reducción del Derecho a la Ley, o bien como supremacía de ésta sobre todas las demás fuentes del Derecho¹³; a diferencia de lo que ocurriría con el *Rule of Law* anglosajón, en donde el Derecho no dependía del gobierno de las leyes, más bien su dependencia es de orden pragmático en donde el conocimiento se produce en los casos concretos a través de un proceso inductivo, que a lo largo del tiempo ha sido denominado como: *iuris prudentia*. Pero desde nuestro punto de vista no resulta necesario hacer esta contraposición entre Ley y Constitución, pues ambas pueden seguir siendo consideradas fuentes del Derecho en el nuevo modelo de Estado Constitucional, aunque tal vez como señala Luigi Ferrajoli distinguiendo jerarquía de las fuentes y jerarquía de las normas, en este enfoque formal y estructural del constitucionalismo que defiende un concepto de derechos fundamentales bajo las mismas coordenadas¹⁴. Así lo puede ver, entre otros, Javier Pérez Royo quien asevera que: “La Constitución pretende ordenar la génesis del Derecho. Y esto lo suele hacer de dos maneras: regulando, por una parte, ciertas materias de manera directa o determinando, por otra, qué órganos y con qué procedimientos regularán aquellas materias que ella misma no ha regulado. La Constitución es, por tanto, y de manera simultánea, fuente del Derecho y norma que regula las fuentes del Derecho, la producción jurídica”¹⁵.

Por otro lado suele destacarse también, dando un significado liberal a este principio de legalidad, la máxima que estatuye que, para los órganos del

¹² Por lo que se refiere a los distintos modelos de Estado de Derechos, véase en términos generales R. ASÍS ROIG, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1999. Un esbozo histórico de lo que puede y debe entenderse evolutivamente como constitucionalismo, puede verse en M. FIORAVANTI, *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, trad. de A. Mora y M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2014, pp. 17-58.

¹³ En este punto tal vez convenga adoptar y precisar una definición de fuentes del Derecho, estableciendo que precisamente “son aquellos hechos y actos jurídicos, resultados institucionales. O dicho con otras palabras, son las normas jurídicas vistas como resultados institucionales, vistas como hechos o actos jurídicos”, J. AGUILÓ REGLA, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 63.

¹⁴ Vid. L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Tomo I, trad. de P. Andrés Ibañez y otros, Trotta, Madrid, 2011, pp. 852 y ss.

¹⁵ J. PÉREZ ROYO, *Las Fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 31.

Estado todo lo no permitido está prohibido, mientras para los particulares todo lo que no está prohibido está permitido. Esto debido a que la Ley como protectora de los derechos individuales de las personas, nunca estableció lo que la administración no podía hacer, sino por el contrario lo que debía realizar. Asimismo, dentro de esta corriente de pensamiento, se destacan en todo momento las características o rasgos fundamentales de la Ley y que son: la generalidad, la abstracción y la impersonalidad¹⁶. La generalidad de la Ley siempre se invocó como elemento indispensable para la verificación del principio de separación de poderes, ya que de lo contrario los actos legislativos podrían ser del mismo tenor que los administrativos y jurisdiccionales. Además, esta generalidad permitía que se pudiera hablar de una Ley igual para todos aquellos que, de una manera o de otra, estuvieran sujetos a un determinado ordenamiento político y jurídico. La abstracción, por su parte, implica la regulación de conductas mediante “supuestos jurídicos de hecho”, que tienden a valer indefinidamente para darle certeza y estabilidad al orden jurídico. La impersonalidad, con estrecha vinculación con las dos anteriores, se refiere precisamente a que una Ley jamás puede ser dictada para regular un supuesto determinado dentro del cual se encontrara un sujeto también determinado.

En consecuencia, existía una homogeneidad del Derecho identificado con la Ley soberana emanada del Estado, en atención a que servía a una sociedad de las mismas características, que se encontraba satisfecha con la voluntad positiva del legislador plasmada en los códigos. Sin embargo, esta caracterización del Derecho a que hemos aludido lleva a Zagrebelsky, a concebir la actividad del jurista como un mero servicio a la Ley, es decir, se limita a su exégesis o simple conocimiento de la voluntad del legislador¹⁷.

Por lo anterior, se plantea la sustitución de este Estado de Derecho, por el Estado Constitucional, en donde la Ley aparece subordinada a una serie de principios y valores más elevados que se encuentran establecidos en la Constitución. En otro contexto, pero finalmente, enfrentando los conceptos de Constitución y Ley, Zagrebelsky insiste en que no deben ser confundidos y mucho menos ser considerada la Constitución como una Ley supre-

¹⁶ Es el concepto de ley en sentido material para lo cual puede verse muy concretamente C. DE CABO MARTÍN, *Sobre el Concepto de Ley*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 35 y ss.

¹⁷ Sobre el método de la exégesis que consistía en el comentario y el tratado de los artículos del código, puede verse G. TARELLO, *Cultura jurídica y política del derecho*, trad. de I. Rosas Alvarado, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pp. 70 y ss.

ma, pues la primera tiene ciertos rasgos esenciales y profundos como el de ser una norma constitutiva, una norma inclusiva-exclusiva, un compromiso, una norma duradera y asimismo convencional de autonomía social¹⁸. En esta sustitución de la Ley por la Constitución, se observa una marcada reducción de la generalidad y abstracción de la primera, precisamente debido a la diversificación de grupos y estratos sociales que ejercen una presión importante sobre el legislador, provocando la aprobación de leyes de carácter sectorial y temporal, propias del llamado Estado Social. A este fenómeno del proceso plural, Zagrebelsky le denomina “ocasionalidad”, el cual se presenta claramente opuesto a las características de abstracción y generalidad de las leyes. A nuestro modo de ver no creemos que deba contraponerse el concepto de Ley con el de Estado Constitucional basado en principios, pues en todo caso habría que entender a la Ley bajo coordenadas que expliquen su importancia y significado constitucionales¹⁹, contemplando evidentemente la sumisión de la misma a la defensa de los derechos fundamentales y al control de la constitucionalidad al que sea susceptible someterla.

Asimismo, en contraposición a la homogeneidad del Estado de Derecho encontramos la heterogeneidad del Derecho en el Estado Constitucional, en virtud de que el Imperio de la Ley va a ser sustituido por el conjunto de valores y principios constitucionales²⁰, que van a valer concomitantemente y que no se niegan uno a otro, como consecuencia del consenso al que ha llegado esa pluralidad social. Aunque desde nuestro punto de vista, el texto constitucional siempre será limitado por su propia naturaleza y por lo tanto insuficiente para hacer frente a los problemas surgidos de la realidad histórica, como única norma de carácter general en el Estado de Derecho.

Creemos que es válido traer a colación en este lugar el punto de vista del profesor Francisco Laporta, quien ante el intrincado problema de la Crisis de la Ley en el Estado Constitucional actual, sostiene que hay que reinventar

¹⁸ Vid. G. ZAGREBELSKY, *La Ley y su Justicia*, cit., pp. 112 y ss.

¹⁹ Es aquello que ha sido denominado principio de legalidad selectiva por virtud del cual el concepto de Estado de Derecho actual precisa de dos elementos en forma simultánea: el Imperio de la Ley y la presencia de contenidos normativos en forma de derechos fundamentales, para lo cual puede verse F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 191 y ss.

²⁰ En otras palabras sobre esto se ha dicho que: “Lo que hace pocos años llamábamos “imperio de la ley” parece ser hoy, en nuestros Estados de Derecho, el “imperio de la constitución”. Y ello obliga a preguntarse: ¿Qué es la ley? ¿Qué queda, si queda algo del “imperio de la ley”?”, L. HIERRO, *Estado de Derecho. Problemas actuales*, Fontamara, México, 2001, p. 36.

la Ley o bien dar un viraje de vuelta a la misma. En el entendido de que no debemos ver sólo a la “Ley en su sentido formal” como producto de los órganos legislativos constituidos, sino también a la “Ley en su sentido material” con exigencias sustanciales de carácter ético para cumplir cabalmente con el principio de legalidad consagrado en todos los Estados de Derecho y al que se refiere Zagrebelsky sólo en forma parcial²¹. En todo caso, ante la polaridad de posturas en torno a este tópico, resulta ser asertiva la postura de Javier Ansuátegui, al afirmar que la “crisis de la ley no significa necesariamente la crisis de las exigencias de la idea de imperio de la ley, entendida como imperio del Derecho. ..., se propondrá la idea según la cual lo que ocurre en el Estado constitucional es una evolución, transformación, de elementos y estructuras internas del propio Estado de Derecho, como consecuencia, entre otros factores, del progresivo protagonismo de la Constitución”²².

En resumen, creemos que es posible afirmar que en momentos actuales en que encontramos un fuerte desarrollo de los principios en el Estado Constitucional, la Ley debe guardar similitud –por lo menos en muchos aspectos– con la norma que le da origen; es decir, debe ser abierta, plural y de amplias dimensiones en el terreno argumentativo siempre en defensa de los derechos fundamentales²³. Pero, al fin y al cabo, será imposible prescindir de su creación y promulgación por parte del legislador constituido, pues este puede y debe ser también un garante positivo a través de normas constitucionales primarias de dichos principios y derechos y no dejar la efectividad de los mismos sólo a las normas constitucionales secundarias. Porque como bien ha señalado Luigi Ferrajoli “las garantías de los derechos fundamenta-

²¹ Vid. F. LAPORTA, *El Imperio de la Ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 160-167. En el mismo sentido aunque con enfoque metodológico diverso nos hemos pronunciado sobre este particular en defensa del “Imperio de la Ley” ante su eventual crisis, para lo cual puede verse M. A. SUÁREZ ROMERO, “Estado Constitucional y Argumentación Jurídica en sede legislativa”, *Derechos y Libertades*, núm. 28, Dykinson, 2013, pp. 139-168. De igual forma véase en términos generales M. A. SUÁREZ ROMERO, *Crisis de la Ley y Estado Constitucional. La argumentación jurídica del legislador*, Porrúa, México, 2015.

²² F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 73. Asimismo, del mismo autor véase *Razón y voluntad en el Estado de Derecho*, cit., pp. 186-191.

²³ Así, se ha pronunciado María José González Ordovás, al afirmar enfáticamente que dentro del “nuevo paradigma, el del constitucionalismo, el lugar de la ley está en el desarrollo de los derechos fundamentales, y aunque no sólo ahí, eso le hace ser un tipo de legislación necesariamente abierta, esperando al futuro, una ley sometida a la tensión interpretativa”, M. J. GONZÁLEZ ORDOVÁS, *Ineficacia, Anomía y Fuentes del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 108.

les constitucionalmente reconocidos y, más en general, de las normas sustantivas de la constitución, son de dos tipos: constitucionales o legislativas. Las *garantías constitucionales*, es decir, establecidas por normas constitucionales, son a su vez de dos tipos: las *garantías constitucionales primarias*, consistentes en normas de competencia que imponen al legislador, de un lado, la obligación de producir leyes de desarrollo o de garantía de las normas constitucionales sustantivas y, de otro, la prohibición de modificar tales normas si no es mediante un procedimiento agravado; las *garantías constitucionales secundarias*, consistentes en las normas que confían a jurisdicciones de constitucionalidad la anulación de las normas legales constitucionalmente inválidas o la constatación de la omitida producción legislativa de las garantías primarias y secundarias de los derechos reconocidos²⁴. Se trata de evitar o por lo menos tratar de superar de forma teórica y metodológicamente correctas, aquella tensión que además de otras se da entre los jueces constitucionales y los órganos de representación democrática frente a una idea de constitucionalismo fuerte²⁵.

3. SEPARACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA LEY Y LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHOS DE LIBERTAD Y DE JUSTICIA

En este punto es preciso comenzar señalando de manera general, que son dos los rasgos fundamentales que el autor turinés Zagrebelsky distingue como característicos del constitucionalismo contemporáneo. El primero, consiste en diferenciar claramente el significado de la Ley, como regla elaborada por el legislador y, los Derechos Humanos, como “pretensiones subjetivas absolutas” que existen en sí mismos con independencia de la Ley²⁶. El segundo, que se traduce en la consagración de determinados principios de justicia material en el texto constitucional, que tengan como función la de informar todo el sistema jurídico²⁷.

En cuanto al primero de estos rasgos que acabamos de enunciar, su postulado se refiere a la distinción entre la Ley del Derecho decimonónico, en

²⁴ L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Tomo I, cit., pp. 866-867.

²⁵ Vid. P. SALAZAR UGARTE, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica, México, 2013, pp. 220 y ss.

²⁶ Vid. G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, cit., pp. 47 y ss.

²⁷ Vid. *Ibidem*, pp. 93 y ss.

donde imperaba una teoría compatible con la del Estado de Derecho a que nos hemos referido con anterioridad. Aquí, los derechos no tenían un contenido material, sino que se reducían a una simple forma jurídica que era la Ley, y su garantía implicaba necesariamente la expedición de normas jurídicas de este tipo que establecieran únicamente los procedimientos respectivos para su aplicación. En este sentido el autor que venimos refiriendo, al considerar al siglo XIX como aquél caracterizado por el Estado-fuerza, por más que fuera liberal para la clase política que representaba, no podía al mismo tiempo serlo para la clase antagónica, porque lo que existió fue un Estado total y después totalitarista que tuvo como fin el abarcar todos los espectros sociales.

Así las cosas, se establece una distinción entre *lex* y *ius* –ley y derechos– que permite distinguir una doble vertiente de la experiencia jurídica; por un lado, la de la Ley que expresa la voluntad y programas de los grupos políticos mayoritarios²⁸, y por otro, la de los derechos inviolables asumidos por la Constitución y que otorga a sus titulares como un patrimonio jurídico independientemente de la Ley. Se trata de la postura mantenida por Zagrebelsky en donde mantiene ese paso del Derecho a la Ley cristalizada en el Estado moderno y esa exigencia de vuelta al Derecho en el constitucionalismo de hoy²⁹.

En este orden de ideas, Zagrebelsky señala que el Derecho Constitucional de la Europa Continental, ha evolucionado hasta los umbrales del siglo XXI, superando la tradición de los derechos al estilo de la revolución francesa, así como encuentra un avance en la concepción norteamericana de los mismos, asumiendo un significado dual entre Ley y derechos. Los rasgos característicos de los derechos tras la declaración de 1789³⁰, son que en dicha declaración tenían un carácter meramente objetivo, toda vez que su finalidad era únicamente la de sustituir al antiguo régimen y no la de dar una protección jurídica a situaciones subjetivas de los particulares frente a posibles vulneraciones. A su vez, surge con esta declaración lo que se ha denominado “ideo-

²⁸ Sobre este concepto de Ley hemos hallado que: “... cuando todo el pueblo estatuye sobre sí mismo, no se considera más que a sí mismo y se forma una relación: la del objeto entero desde distintos puntos de vista, sin ninguna división. La materia sobre la cual se estatuye es general como la voluntad que estatuye. A este acto llamo ley”, J. J. ROUSSEAU, *El contrato social*, trad. de R. Cardiel Reyes, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984, p. 49.

²⁹ Vid. G. ZAGREBELSKY, *La Ley y su Justicia*, cit., pp. 39 y ss.

³⁰ Vid. G. JELLINEK, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. de A. Posada, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2000, pp. 81-84.

logía de la codificación”³¹, concebida como la existencia de un sistema jurídico compuesto por normas creadas por el Poder público, cuyo único criterio de validez es su coherencia con el resto de las normas del ordenamiento y en atención a la jerarquización de tales normas. En consecuencia, tuvo lugar el llamado “legicentrismo” donde se mantuvo un control de la Ley sobre los derechos, y no como ahora un sometimiento de aquélla al control de éstos. Asimismo, se observa que aparece el recurso de casación, el cual operó como una forma de tutela de la Ley y no de los derechos propiamente dichos, es decir, su finalidad era la de controlar la actividad de los jueces, a efecto de dejar sin consecuencias las sentencias que no fueran dictadas conforme a esa Ley pronunciada como voluntad suprema del legislador.

Por el contrario, en la cultura americana de los derechos, su concepción es que éstos son anteriores a la Constitución y al Estado. Esto, partiendo de la diferencia marcada que existe entre el artículo 5º de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la IX Enmienda del Bill of Rights americano. En esta última, los derechos eran un patrimonio subjetivo que existían en sí mismos y que debía prevalecer frente a cualquier ataque por parte del Parlamento inglés o bien de cualquier otro legislador omnipotente. Sobre esto, el jurista florentino Maurizio Fioravanti, al tratar las diversas formas de aproximación a las libertades, establece que en la revolución francesa se está ante una doctrina individualista y estatalista de las libertades, mientras en la revolución americana tendríamos una doctrina individualista e historicista con una marcada clave antiestatalista³².

Por su parte, Zagrebelsky afirma sobre este particular aspecto que la concepción francesa es estatalista, objetivista y legislativa; y por el contrario, la americana es preestatalista, subjetivista y jurisdiccional³³.

En la actualidad, bajo esta posición italiana la concepción constitucional de los derechos se sitúa entre ambas –la francesa y la americana– lo que implica afirmar que tanto la Ley como los derechos tienen su propia importancia en el marco constitucional. Además, en los sistemas democráticos de nuestra época, el Estado debe reconocer no sólo los derechos de libertad al

³¹ La ideología del siglo XVIII sobre la codificación, concibió al código precisamente como “un libro de reglas jurídicas organizadas según un sistema (un orden) y caracterizadas por la unidad de materia, vigente para toda la extensión geográfica del área de unidad política (para todo el Estado)”, G. TARELLO, *Cultura jurídica y política del derecho*, cit., p. 39.

³² Vid. M. FIORAVANTI, *Los Derechos Fundamentales*, trad. M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 1998, pp. 25 y ss.

³³ Vid. G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, cit., p. 58.

estilo de antes, sino también los políticos que permiten ver una dimensión no sólo individual sino también de participación en la sociedad, donde el Estado no puede exigir una sumisión total de los individuos a sus preceptos, sino que éstos deben formar parte en la elaboración de los mismos, en esa nueva fundamentación que ahora debe desarrollarse desde abajo y no desde arriba como con anterioridad acaecía. Esto se encuentra íntimamente ligado al concepto discursivo de democracia que ofrece Jürgen Habermas, en donde convergen las ideas de soberanía, derechos y democracia. Ya que el Estado democrático de Derecho debe estar precedido de una serie de deliberaciones que deben efectuarse de manera argumentativa, mediante un intercambio reglado de informaciones entre las partes que proponen y que deben resistir a la crítica, en todo caso con tendencia a alcanzar el consenso racionalmente motivado. Ahora bien, esa asociación constituiría una comunidad jurídica particular atendiendo a las ideas tradicionales de las sociedades diferenciadas en ejercicio de su soberanía, pero siempre dominada por principios generales de justicia que representarían la idea de los derechos fundamentales³⁴. Esto vinculado al papel de los jueces y de la legislación, viene a resumirse en la siguiente aserción del máximo representante de la segunda escuela de Frankfurt: “Como la práctica de las decisiones judiciales está ligada al derecho y a la ley, la racionalidad de la administración de justicia depende de la legitimidad del derecho vigente. Ésta depende a su vez de la racionalidad de un proceso legislativo, que, en la situación de división de poderes que el Estado de Derecho establece, no está a disposición de los órganos de aplicación del derecho”³⁵.

Por otra parte, el autor turinés, al efecto de distinguir las dos formas de concebir los derechos, entendiéndolos por un lado como libertad y luego como justicia, comienza por diferenciar las dos corrientes del humanismo: el laico y el cristiano. En donde el primero, pregona aquellos derechos cuya violación implica trasgredir la libertad del hombre, cuya influencia viene dada por las ideas de la antropología renacentista, en donde ya no se trata de que el ser humano descubra el papel que le ha sido asignado por la naturaleza, sino que ahora, él mismo, debe encontrar un lugar en el universo siempre con la posibilidad de poder actuar como prefiera. En cambio, en el huma-

³⁴ Vid. J. HABERMAS, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 2000, pp. 379-383.

³⁵ *Ibídem*, p. 311.

nismo cristiano, el hombre ya tiene un papel que es impuesto por el orden natural de la creación, puesto que se niega la existencia de cualquier pretensión individual motivada por la propia voluntad del sujeto. En este último caso, la libertad de actuar del sujeto no es entendida como aquella que puede tener cualquier contenido, sino que precisamente por venir determinada por un orden o ley universal, se trata de actuar conforme al deber que ese orden impone y no de acuerdo a la propia libertad del individuo³⁶.

Habiendo precisado la anterior distinción, Zagrebelsky considera que si se asume una postura como la del humanismo laico, donde la voluntad de los hombres es la que produce el orden por el cual habrán de regirse en sociedad, estaríamos hablando de que los derechos tienen una “función instauradora y renovadora” del orden social; en cambio, si se asume la del humanismo cristiano donde el orden ya está dado previamente, los derechos cumplen una “función restauradora” ya que los hombres teniendo solamente un gran deber, que es precisamente el de respetar ese mismo orden, sólo deberán restaurarlo cuando éste haya sido violado o perturbado. Así entendidas estas dos concepciones de los derechos, en aquella que los identifica con la libertad y que está presente la voluntad de los individuos, los derechos adquieren un carácter permanente o continuo en el tiempo a la vez que ilimitado; en cambio en aquella que nos habla de los derechos como justicia, les va a conceder a los mismos un valor transitorio en tanto alcancen su objetivo de restaurar el orden transgredido, al mismo tiempo que su carácter objetivo y verdadero, harán que estos derechos tengan límites acordes con esos valores otorgados por la creación³⁷.

En este punto en concreto creemos que resulta acertada la opinión de nuestro maestro Gregorio Peces-Barba, quien considera inexacta la apreciación de Zagrebelsky en el sentido de que los derechos de justicia sean expresión del humanismo cristiano. Y, además, errónea la postura de valoración negativa del socialismo en su aportación a la efectividad y alcance de los derechos fundamentales, pues como bien señala el que fuera uno de los siete padres de la Constitución española vigente, “el error histórico de la Iglesia católica, y que, inexplicablemente, el profesor Zagrebelsky valora positiva-

³⁶ Sobre el Humanismo renacentista o laico que pregona una ética de la libertad que prescinde de la gracia, distinguido del medieval aristotélico-tomista del pensamiento cristiano mayoritario caracterizado por la armonía y compatibilidad de la gracia divina con el libre albedrío, véase G. PECES-BARBA, *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid, 1982, pp. 69 y ss.

³⁷ Vid. G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, cit., pp. 75 y ss.

mente, es pretender que su ética privada, es decir su idea de salvación (que comprende las ideas de bien, de virtud y de felicidad) que ella identifica con la verdad (cuya última versión es la encíclica *Veritatis splendor* de Juan Pablo II), se convierta en la ética pública de todos los ciudadanos. Es la versión totalitaria de una ética autoritaria que quiere convertir a lo particular en general”³⁸.

A nuestro modo de ver y siguiendo en lo esencial en esta parte al profesor Peces-Barba, los derechos fundamentales en el Estado Constitucional de la actualidad deben ser la encarnación positivizada de los valores de una Ética pública propios del mundo moderno y del Humanismo laico. Nos referimos a la igualdad, libertad, seguridad jurídica y solidaridad que se encuentran ingentemente colocados en las constituciones vigentes de los Estados democráticos contemporáneos³⁹.

4. LA NUEVA FORMA DE ENTENDER LA LEY Y LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO, ASÍ COMO LA FUNCIÓN DE LOS JUECES Y LEGISLADORES EN SU APLICACIÓN

Con anterioridad hemos dicho que dos son los rasgos fundamentales que caracterizan al constitucionalismo contemporáneo, de los cuales habiendo quedado desglosado el primero de ellos, ahora nos referiremos al segundo que ya habíamos enunciado y que consiste en la existencia de principios de justicia material, contemplados en las Constituciones y que tienen como función informar todo el Ordenamiento jurídico.

En primer lugar pondremos de relieve, cómo el Estado actual pone en marcha infinidad de políticas de carácter económico y social, tendentes a dar mejores condiciones de existencia a los individuos, lo que constituye una política constitucional de orden material por parte del Estado. Tal es el caso de los derechos que contempla el artículo 4º de la Constitución mexicana vigente, entre los que destacan el derecho a la alimentación, a la protección de la salud, a un medio ambiente sano, al acceso y saneamiento de agua y el acceso a la cultura.

³⁸ G. PECES-BARBA, “Desacuerdo y Acuerdos con una obra importante”, en *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 127.

³⁹ Sobre estos contenidos de la Ética Pública así como su concepción e implicaciones véase también G. PECES-BARBA, *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 151 y ss.

Ahora existe una exigencia de justicia general, que esté más allá de las voluntades particulares de los individuos e incluso por encima de la voluntad de las mayorías de un grupo social, al estilo de la idea de “coto vedado” que expone y defiende el profesor Garzón Valdés⁴⁰. Sin embargo, Zagrebelsky destaca que esos derechos orientados hacia la justicia, siempre toman en cuenta la individualidad de las personas, lo que hace que se conciban como derechos a caballo entre el interés general y el individual. Esta idea, lo lleva a afirmar que el “derecho constitucional actual, no es sólo el conjunto de los derechos individuales y de los actos que constituyen su ejercicio, sino que es también un orden objetivo que corresponde a ideas objetivas de justicia que imponen deberes”⁴¹. Esta nueva concepción de los derechos de justicia que implican no solo derechos –individuales– sino también deberes, representa una fusión de las doctrinas del humanismo laico y cristiano a que antes nos hemos referido, aunque tomando con reserva lo relativo al último de los humanismos mencionados y por las razones también anteriormente expuestas.

De este modo se plantea una superación de la reducción decimonónica de la justicia entendida como expresión de la Ley, en donde con base en la idea de Thomas Hobbes⁴², se decía que en el estado de naturaleza cada hombre tenía su propia concepción del bien y del mal, sin embargo, una vez que ha tenido a bien suscribir el pacto social y constituir el Estado civil, son las leyes emanadas de éste las que determinan lo bueno y lo malo, lo honesto y deshonesto y lo justo y lo injusto, por lo que se debe considerar como bueno todo lo que el legislador manda. Aquí, los derechos eran aquello que la Ley establecía y asimismo la justicia era entendida tal y como la definía el legislador. En sustitución de esta concepción decimonónica de la Ley, tomando como base la instauración del Estado democrático de nuestros tiempos, en donde la Constitución es pluralista y permite que se introduzcan dentro de la misma todos aquellos

⁴⁰ El profesor Ernesto Garzón al referirse al tema de la justificación ética de la representación parlamentaria, se cuestiona si cualquier situación o posicionamiento puede ser sometido a discusión en el Parlamento. Ante ello, en defensa de una actitud paternalista defiende la idea de que ciertos temas básicos deben estar excluidos de la discusión parlamentaria pues se trata de una ética impuesta. Sobre ello, véase E. GARZÓN VALDÉS, “Representación y Democracia”, en *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 641-650.

⁴¹ G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, cit., p. 95.

⁴² Estas ideas planteadas sobre la libertad en el estado de naturaleza, que llevan a Hobbes a la necesidad de identificar ciertas leyes de la razón que permitan establecer la paz y la seguridad entre todos los hombres, pueden verse en T. HOBBS, *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*, trad. de Miguel Ángel Rodilla, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 3-9.

principios que representan los criterios de justicia de esa sociedad, de tal suerte que al permanecer en forma simultánea vigentes, no quedarán limitados en ningún aspecto ni tampoco se restringirán las posibles combinaciones que entre éstos puedan existir. Se fija así, un fortalecimiento de la Constitución en tanto se amplían todos sus fundamentos consensuales, tomando en consideración todos los valores y principios supremos de la sociedad⁴³.

En este sentido comprendemos esta separación de la justicia respecto de la Ley, ya que la primera no será definida o identificada –como lo hacía Hobbes– con lo expresado por la voluntad del legislador, sino que ahora la justicia estará presente en esta serie de principios enunciados en el texto constitucional, los cuales expresan el pluralismo social y las diferentes necesidades de cada uno de los grupos sociales. La finalidad es que deje de prevalecer el Derecho de los más fuertes que oprime siempre a los más débiles.

Por lo anteriormente dicho, resulta necesario saber cómo deben ser entendidos estos principios constitucionales. Sobre este particular, debemos comenzar por distinguir entre reglas y principios, ante lo cual consideramos importante señalar la diferencia que sobre las mismas establece Ronald Dworkin, al aseverar que la distinción entre principios jurídicos y normas jurídicas es de tipo lógico, ya que ambas se refieren a decisiones particulares referentes a una obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en la orientación que dan, ya que las normas regla son aplicables a la manera disyuntiva, es decir, si se cumple el supuesto jurídico al verificarse los hechos en la realidad, la norma válida del sistema debe ser aplicada; en cambio si no se cumplen esos hechos no se produce ninguna consecuencia jurídica. Por el contrario, en las normas principio nunca se establecen consecuencias jurídicas que deban seguirse automáticamente al verificarse la hipótesis normativa. Más adelante el autor agrega otra distinción importante, que consiste en aseverar que los principios tienen una dimensión de “peso o importancia” que no se encuentra en las reglas, así, cuando los principios se interfieren quien resuelve debe de considerar el peso que cada uno de éstos tiene en el caso concreto; pero en el caso de las reglas, cuando dos de éstas entran en conflicto, una necesariamente excluye a la otra que no es válida no dándose aquí ninguna ponderación de peso⁴⁴.

⁴³ Vid. Al respecto G. PECES-BARBA, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986.

⁴⁴ Vid. R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1995, pp. 74-78. La postura desde el positivismo jurídico sobre esta diferencia entre principios y reglas, la defiende Luis Prieto al afirmar que: “se viene a defender la existencia de una separación al precio de reconocer que no existe diferencia alguna *antes* del proceso interpretativo,

Partiendo de esta distinción, Zagrebelsky asegura que el Derecho actual está compuesto de reglas y principios, identificando a las primeras como las normas legislativas mientras que a los segundos como normas constitucionales; por ello, la distinción entre reglas y principios no es otra cosa que la diferencia entre Ley y Constitución⁴⁵. Señala que a los principios se debe prestar adhesión, en virtud de que son producto de tradiciones históricas, contextos de significado e incluso permiten cierto significado de valor. La importancia que destaca de esta distinción es que en la aplicación de las reglas sólo se hace uso de un silogismo jurídico o de una subsunción, en tanto que los principios, al momento de ser aplicados, exigen una reacción por parte del intérprete que hace que tome posición ante los mismos. Nos encontramos aquí ante el intrincado problema de la ponderación, la cual debe entenderse como la forma o manera de encontrar la solución a la situación de tensión entre dos normas con una condición de aplicación muy abierta. Dicha ponderación puede darse entre principios en sentido estricto, a partir de directrices o entre principios en sentido estricto y directrices⁴⁶.

Ante la pregunta de si este nuevo Derecho por principios invoca un Derecho Natural, o bien puede ser conciliado con los postulados del derecho positivo⁴⁷, se establece que el hecho de que la justicia y los Derechos Humanos estén contenidos en el texto constitucional a través de estos principios, es la mayor prueba de positivización que con anterioridad estaban reservadas al Derecho Natural⁴⁸. No se puede considerar un orden natural dado, puesto que la Constitución es la máxima de las creaciones políticas. Así pues, la Ley Suprema va a dictar principios que al estar por encima de los intereses particulares de los sujetos, permitirán la convivencia de todos a la

más en concreto, antes del conflicto entre normas", L. PRIETO SANCHÍS, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 60.

⁴⁵ Vid. G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, cit., pp. 109 y ss.

⁴⁶ Vid. M. ATIENZA, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2007, pp. 163-180.

⁴⁷ Esto puede ser reconducido a aquello que Ferrajoli denomina de manera conceptualmente dividida como constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantistas, para lo cual puede verse L. FERRAJOLI, "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", trad. N. Guzmán, *Doxa*, núm. 34, 2011, pp. 15-53.

⁴⁸ No obstante, es posible mantener que Zagrebelsky mantiene una postura antipositivista que puede adscribirse al no-positivismo principialista tanto en su parte destructiva de devaluación de los conceptos positivistas básicos y la parte constructiva que ofrece una idealización de los sistemas jurídicos basados en principios. Sobre este asunto, véase A. GARCÍA FIGUEROA, "El no positivismo principialista en Il diritto mite de Gustavo Zagrebelsky", *Anuario de Filosofía de Derecho*, Tomo XIII, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996-1997.

vez. Ahora bien, en cuanto a la interpretación que de dichos principios hacen las jurisdicciones constitucionales, se dice que por medio de ella se acude a reflexiones y argumentaciones más vinculadas con el Derecho Natural, ante la imposibilidad de resolver los problemas con base en las reglas, razón por la cual se afirma que “en los principios constitucionales confluyen, por tanto, aspectos de temáticas positivistas e iusnaturalistas”⁴⁹.

Sobre este punto en concreto, el de la moral que debe conectarse al derecho positivo, el profesor Luis Prieto, distingue la moral crítica de la moral social, diciendo que la primera es la del observador externo que está en condiciones de comparar las condiciones de ese Ordenamiento jurídico con exigencias de una normatividad distinta; mientras la segunda, se concibe como la concepción de justicia admitida por la mayor parte de la sociedad, o bien asumida por un buen número de los que tienen el poder de dictar las normas y aplicarlas. Ante ello, afirma el propio jurista español “que los actuales planteamientos antipositivistas que aparecen unidos a la cultura jurídica del constitucionalismo, lo que viene a sostener, en el fondo, es la conexión del Derecho con la moral social”⁵⁰. Más recientemente el catedrático de la Universidad de Castilla la Mancha, ha hecho un análisis crítico de las dos clases de constitucionalismo planteadas por Ferrajoli, el principialista y el garantista, para pronunciarse a favor de un constitucionalismo de los derechos en donde la Ley mantiene un papel especial⁵¹.

Así pues, si bien se acepta que las vías de conexión entre el Derecho y la moral son los principios, los cuales al ser de naturaleza moral reclaman del juez o intérprete una ponderación⁵², su validez jurídica no va a depender de su plausibilidad moral, sino más bien de una efectiva vigencia. Lo anterior, es la base para que Luis Prieto, al hablarnos sobre el valor y conveniencia de la separación del Derecho y la moral, esgrima que “desde un punto de vista ético la tesis de la separación resulta en términos generales preferible a la de la conexión, y ello incluso pensando en sistemas jurídicos que consideramos

⁴⁹ G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, cit., p. 116.

⁵⁰ L. PRIETO, *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, 1997, p. 73.

⁵¹ Vid. L. PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 155 y ss.

⁵² En la ponderación existe una relación de precedencia de un argumento interpretativo frente al otro, en donde siempre es necesario tomar en cuenta tres aspectos esenciales: 1.- Ley de ponderación, 2.- Fórmula del peso y 3.- Cargas de la argumentación. Sobre ello, véase R. ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, 2ª. Ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 349-374.

globalmente justos. El motivo fundamental de esa preferencia es que, a mi juicio, el positivismo metodológico fomenta el ejercicio de la responsabilidad moral del individuo”⁵³. Lo anterior, debido a que considera que sólo con una separación del Derecho y la Moral, se pueden emitir juicios críticos, independientes e imparciales sobre el propio sistema jurídico⁵⁴.

En relación con este problema, se ha dicho que, por una parte, el positivismo se basa en esta rígida incomunicabilidad, que es necesaria para no incurrir en la falacia naturalista al aludir a conceptos que remiten al Derecho Natural, que establecen un puente entre la realidad y el valor, entre la voluntad y la razón, entre los juicios de valor y los juicios de hecho. Por otro lado, el ius-naturalismo establece que el paso del ser al deber ser resulta posible por asumir la justicia como valor. Zagrebelsky trata de resolver este asunto, diciendo que primeramente se deben distinguir las ciencias teoréticas de las prácticas, porque el objetivo de las primeras es el conocimiento y el de las segundas la acción; así como la razón final de las teoréticas es poner a la razón en contacto con la verdad, la de las prácticas es poner a la razón en contacto con el actuar. De este modo, si a la praxis jurídica se llega a partir de la verdad conocida por la razón, debe decirse que la ciencia del derecho positivo, basado en un sistema regido por principios, debe considerarse una ciencia práctica porque del ser nace el deber ser. Esto, en palabras propias del autor turinés significa que: “Si el derecho debe volver a la realidad, es decir, si debe operar en cada caso concreto conforme al valor que los principios asignan a la realidad, no se puede controlar la validez de una norma teniendo en cuenta exclusivamente lo que ésta dice”. Por ello, continúa Zagrebelsky, “es preciso tener en cuenta el derecho en acción, no basta una validez lógica es necesaria una validez práctica”. Y, finalmente, concluye que “...el derecho que efectivamente rige, no es el que está escrito en los textos, sino el que resulta del impacto entre la norma en abstracto y sus condiciones reales de funcionamiento”⁵⁵.

Esto se ve reflejado en el contexto actual en que se distingue entre *ciencia iuris* y *iuris prudencia*, donde la primera es racionalidad formal y la segunda racionalidad material o de contenidos. Esta última, que procura la realización de los principios se le suele denominar también “razonabilidad” o prudencia en el tratamiento del Derecho. La pluralidad de los principios y la ausencia de una jerarquización de los mismos, impide que pueda haber una ciencia sobre

⁵³ L. PRIETO, *Constitucionalismo y Positivismo*, cit., p. 85.

⁵⁴ Vid. L. PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos*, cit., pp. 72 y ss.

⁵⁵ G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, cit., p. 122.

su articulación y hacen que haya una actitud de templanza en su ponderación. Aunque en este punto, debemos ser cautos y precisar que la ciencia no nos lleva necesariamente a conocimientos verdaderos o irrefutables; es más la propia ciencia desmitificada admite su propio desarrollo y evolución a través de la contrastación de ideas y de teorías. Así que, la prudencia y razonabilidad de las decisiones judiciales no deben confundirse como actitudes arbitrarias, sino siempre sujetas a un sistema explicable en términos objetivos y de razón compatibles con un determinado modelo de positivismo jurídico⁵⁶.

Ahora pasemos a decir que, según Zagrebelsky, esta separación entre Ley, derechos y justicia, así como entre principios y reglas va a encontrar su unidad en la aplicación judicial, esto es van a encontrarse y van a ser tomados en cuenta al momento de dirimir los casos concretos⁵⁷. Se vuelve a presentar aquí la insuficiencia de la aplicación de la regla como premisa mayor, a un caso concreto que sería la premisa menor, en un ejercicio de mero silogismo lógico, ya que con este ejercicio la jurisdicción se limitaba a realizar un servicio al legislador, desentrañando el íntimo sentido de la voluntad expresada en la letra de la Ley. Esto tiene que funcionar de manera distinta a partir del momento en que se considere al Derecho como disciplina práctica, porque así la jurisprudencia tendrá que servir no sólo a la Ley sino también a la realidad. Se trata de establecer una correlación entre la norma y el caso, de tal manera que no sólo sea el caso el que debe ajustarse a la norma, sino también que esa interpretación jurídica implique que la norma se oriente al caso mismo⁵⁸. Esta idea, ya había sido trabajada por Luis Recaséns al momento en que al referirse al *logos de lo razonable*, afirmaba que las normas jurídicas al momento de ser obedecidas por sus destinatarios o bien aplicadas por los órganos jurisdiccionales, es decir, cuando adquieren eficacia como cumplimiento o como aplicación son vividas de nueva cuenta y desde un ángulo distinto al que originariamente las creó⁵⁹.

Lo anterior hace que se tenga una idea distinta en cuanto a los métodos de interpretación, ya que siendo el método la forma o manera de llegar a un

⁵⁶ Nos estamos refiriendo a un modelo de positivismo jurídico como teoría, que según Norberto Bobbio implica separación conceptual entre Derecho y moral, plenitud del sistema e identificación del Derecho válido con el Poder Estatal, para lo cual puede verse N. BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, Fontamara, México, 2001, pp. 43-46.

⁵⁷ G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, cit., pp. 131 y ss.

⁵⁸ Vid. G. ZAGREBELSKY, *La Ley y su Justicia*, cit., pp. 201 y ss.

⁵⁹ Vid. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Porrúa, México, 1980, pp. 135 y ss.

objetivo trazado, la búsqueda de la regla no va a venir determinada por el método, sino que éste estará en función de lo que se quiera encontrar. Así, la interpretación ya no dependerá exclusivamente de la voluntad del legislador, porque incluso esta voluntad debe someterse a la interpretación del que resuelve el caso. De esta forma habrá una pluralidad de métodos de interpretación que subsistan simultáneamente, ante los cuales el intérprete deberá hacer la elección dependiendo del caso y de las circunstancias⁶⁰. Podrá seguirse hablando de interpretación exegética, interpretación según la intención del legislador, interpretación sistemática, interpretación histórica, interpretación sociológica, interpretación según los cánones de justicia racional, no excluyéndose uno de otro, sino simplemente quedará a elección del intérprete el método que corresponda al caso que resuelve, siempre en atención al resultado que quiera obtener. Debiendo aclarar que dicha elección no puede ni debe ser arbitraria, sino que en todo caso deberá justificarse plenamente por el operador jurídico que resuelve y que opta entre las diversas alternativas, estando siempre sujeto a normas del propio sistema y del razonamiento lo que nos permite alcanzar objetividad⁶¹.

Es importante señalar que el juez al momento en que va a llevar a cabo la aplicación de la regla, debe previamente comprender el caso concreto aprehendiendo su sentido y asignándole un valor al mismo. Esto significa que debe realizar una conexión entre la acción y su resultado social para conocer el sentido de dicha acción y una vez hecho esto, le permitirá tener esta comprensión de valor frente a la controversia planteada. Se señala pues, que el caso en sí es mudo y no plantea pretensión de solución alguna, por lo que es necesaria esa toma de postura a partir de la categorización de sentido y de valor que se derive de dicho caso particular, que no está a cargo solamente del legislador, quien en todo caso establece los valores mediante normas de principios, pero asignar un sentido a las acciones no depende sólo del legislador sino de los demás operadores jurídicos e incluso los propios sujetos que intervienen. De esta manera, se propone que una vez que cada asunto

⁶⁰ Vid. G. ZAGREBELSKY, *La Ley y su Justicia*, cit., pp. 222 y ss.

⁶¹ Así lo percibe también Luis Prieto cuando asevera que “el protagonismo judicial se hace también patente cuando un mismo supuesto es subsumible en dos preceptos constitucionales de sentido contrario. Allí donde aparece un conflicto entre principios surge una apelación a la justificación racional de una decisión que, sólo en el caso concreto, otorga preferencia a uno u otro principio; justificación que puede conducir a cualquier resultado con el único límite precisamente de la irracionalidad”, L. PRIETO SANCHÍS, *Ley, principios, derechos*, op. cit., p. 62. Véase también L. PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos*, cit., pp. 166 y ss.

en particular esté dotado de un sentido y valor que antes no tenían, se ejerza una presión sobre el Derecho para que dé la solución adecuada, la que no debe entenderse exclusivamente como reforma legislativa, sino más bien como continuas y constantes interpretaciones del Ordenamiento vigente.

Lo antes señalado trae aparejado un problema que es la pérdida de certeza en el Derecho, es decir, se argumenta que hay una posición subjetivista en la interpretación ya que dada la pluralidad de la sociedad, en donde se encuentran los juristas y demás operadores jurídicos, cada cual asume puntos de vista distintos de la realidad que se ven reflejados en sus decisiones. La respuesta que existe ante la citada problemática, es que no se trata de que los juristas tengan una mala disposición mental al momento de llevar a cabo su argumentación e interpretación⁶², sino que el déficit de certeza se debe a que los principios que se han positivizado incluyéndolos en la Constitución, implican contenidos y argumentos de sentido y de valor distintos, con los que no es posible dar nunca una garantía de certeza. Buscar esta certidumbre implicaría un inagotable trabajo legislativo que fuera recogiendo todos los contenidos de los principios, con lo cual es preferible dejar esta tarea al órgano jurisdiccional.

Ante esta coexistencia de derechos, justicia y Ley dentro del Ordenamiento jurídico, se exige una actitud particular de aquél que interpreta el Ordenamiento a la cual se le denomina “razonabilidad”, que no consiste en una absolutización de la razón, ni de la relativización de las diferentes razones, sino más bien del pluralismo de las mismas. Aquí ya no se trata de un criterio subjetivo del jurista, debido a que se ha convertido en requisito objetivo del Derecho. En este sentido, al momento de la aplicación judicial del Derecho esta razonabilidad se presenta en dos momentos fundamentales a saber: la categorización de los casos de acuerdo a los principios constitucionales y la búsqueda de la regla aplicable. Aparece inmerso en este contexto el concepto de equidad que caracteriza al Derecho en su conjunto, en esa unidad que se produce a través de la tarea jurisprudencial de ponderación de los principios constitucionalizados y de la existencia simultánea de la Ley.

Como puede observarse el papel que juegan los jueces dentro de este Estado Constitucional es tan importante, que incluso se les ha llegado a con-

⁶² Aquí consideramos a la argumentación y a la interpretación como dos nociones esencialmente distintas, aunque unidas de manera inseparable en la importante tarea de guiar la toma de decisiones jurídicas bajo cánones de razonabilidad. Para ello, véase F. VIOLA, y G. ZACCARIA, *Derecho e Interpretación. Elementos de Teoría Hermenéutica del Derecho*, trad. de A. De Cebeira, A. de Prada y A. Richart, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 109-114.

siderar como los nuevos señores del Derecho. El propio Ronald Dworkin llega a sostener que los legisladores no son el instrumento idóneo para la defensa de los derechos fundamentales y menos de los grupos vulnerables o desprotegidos, pues al no ser un órgano de naturaleza jurídica está sometido a presiones políticas o económicas⁶³. No obstante, desde nuestro punto de vista no debemos perder de vista que los jueces están y deben estar sujetos a la Ley, pues las Constituciones de las democracias actuales garantizan en efecto la igualdad y la libertad; pero al mismo tiempo –y acaso como valor que posibilita la eficacia de los principios antes citados– la seguridad jurídica, el principio de legalidad y la ausencia de arbitrariedad de las actuaciones de los Poderes públicos.

Por ello, podríamos aquí afirmar junto con Juan Antonio García Amado, que si a esto nos lleva la objetividad de los principios que pregona Zagrebelsky, “habrá que concluir que constituyen un magnífico expediente para que en su nombre los jueces impongan como constitucional el modelo de orden que más les guste. Afortunadamente, hoy por hoy, los peligros de tal cambio de paradigma se apuntan en el horizonte pero no se han hecho aún plenamente reales. De la doctrina constitucional y jurídica en general dependerá en buena medida en que el Derecho de los derechos no muera a manos de sus justicieros”⁶⁴. Porque como bien dice el profesor Rafael de Asís los jueces deben motivar suficientemente sus resoluciones⁶⁵, lo cual implica una necesaria vinculación con las normas válidas del sistema jurídico en su conjunto. Y tratándose de las resoluciones que sean tomadas desde los derechos o de los derechos fundamentales, la motivación debe ser completa atendiendo a formas específicas en su interpretación⁶⁶.

Por lo anterior, no hay que olvidar que si estamos hablando de un Estado Constitucional democrático en el que prevalece la pluralidad, la legislación tiene un fundamento constitucional propio, y la misma Constitución es entendida en un contexto abierto de elementos que la hacen elástica para permitir el pluralismo. Los principios establecidos hoy en día en nuestra

⁶³ Vid. R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*, cit., pp. 34.

⁶⁴ J. A. GARCÍA AMADO, “¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomos XIII-XIV, Ministerio de Justicia, Madrid, 1996-1997, p. 85.

⁶⁵ Vid. R. ASÍS ROIG, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 77 y ss.

⁶⁶ Vid. *Ibidem*, pp. 100 y ss.

Constitución deben ser desarrollados, explicitados y –por qué no decirlo– también ponderados por el legislador en una tarea de razonabilidad argumentativa, en la que sólo en determinados casos y cumpliéndose hipótesis específicas es posible someterlo al control constitucional de la jurisdicción⁶⁷.

En definitiva, el hecho de que quede aceptado el avance del Estado de Derecho al Estado Constitucional actual, no implica una sustitución del señorío del legislador por el del juez, sino que simplemente el legislador debe entender que las leyes que elabora son sólo parte y no todo el Derecho. Mientras los jueces –sobre todo los constitucionales– tampoco deben ser los señores del Derecho, aunque sí garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre la Ley, principios y derechos fundamentales que comprende la compleja estructura del actual Estado Constitucional. Tan sólo habría que pensar que todos los jueces –incluidos los constitucionales– en el ejercicio de función deben estar sometidos a muchas reglas que limitan incluso algunos de sus derechos fundamentales como la libertad ideológica, de pensamiento o de asociación siempre en aras de la independencia y la imparcialidad con la que deben actuar y resolver⁶⁸. Y también por lo que hace a su función sustancial y el contenido de la resolución que dictan en la controversia de que conocen, debe optarse por la figura de un juez razonable tanto en el plano de la validez como en el de la corrección, en donde indudablemente están sometidos a muchas reglas tanto jurídicas como de razonamiento⁶⁹.

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La obra del jurista italiano Gustavo Zagrebelsky escrita desde la última década del siglo XX y la primera del actual, constituye un paradigma para la discusión actual en el terreno de la Teoría del Derecho y la comprensión del Estado Constitucional contemporáneo. No obstante, a partir de ella pueden generarse múltiples acuerdos y desacuerdos con sus postulados básicos, sobre todo en aquellos aspectos que representa un ataque a las posturas de corte positivista.

⁶⁷ Sobre este aspecto puede verse nuestro trabajo M. A. SUÁREZ ROMERO, *Crisis de la Ley y Estado Constitucional. La argumentación jurídica del legislador*, cit., pp. 147 y ss.

⁶⁸ Vid. P. ANDRÉZ IBÁÑEZ, “La independencia judicial y los derechos de los jueces”, en A. SÁIZ ARNÁIZ (Coord), *Los derechos fundamentales de los jueces*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 45 y ss.

⁶⁹ Vid. ASÍS ROIG, R., *El juez y la motivación en el Derecho*, cit., pp. 150 y ss.

Es posible constatar una transformación en forma de evolución del tradicional concepto de Estado de Derecho por el de Estado Constitucional. En este último modelo es necesario replantear el significado de la “Ley” y el de “Imperio de la Ley”, pero no tanto en el sentido de renunciar a su importancia trascendental y a la vez imprescindible dentro del Ordenamiento jurídico, sino más bien de volver a generar una concepción que la haga plenamente compatible con la idea de existencia de una Constitución dúctil. La Ley en este sentido debe configurarse no sólo en sentido meramente formal sino también material, en donde encuentren plasmados en normas legislativas aquellos principios que consagra el texto constitucional que conlleven a su aseguramiento efectivo.

Los derechos fundamentales de la persona en este modelo de Estado Constitucional, son pieza esencial en la Configuración de cualquier Constitución de carácter democrático y plural. No obstante, estos derechos no deben concebirse como valores de justicia eternos e inmutables a partir de postulados de humanismo cristiano, sino más bien como la encarnación de la Ética Pública del humanismo laico, producto del diálogo previo de sus destinatarios que han consensado su generalización y que permiten su evolución en momentos históricos concretos. En el Estado Constitucional actual es posible mantener vigentes de manera simultánea y plenamente compatibles la Ley, los principios constitucionales y los derechos fundamentales, de manera que legisladores y jueces constitucionales asuman el papel que la propia Constitución les asigna.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000.
- ALEXY, R., *Teoría de la Argumentación Jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, 2ª. Ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- *Razón y voluntad en el Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 2013.
- ASÍS ROIG, R., *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1999.
- *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005.
- ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2007.

- BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, trad. de E. Rozo Acuña, Debate, Madrid, 1996.
- *El problema del positivismo jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, Fontamara, México, 2001.
- BODINO, J., *Los seis libros de la República*, Tomo I, trad. de G. de Añastro Isunza, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- DE CABO MARTÍN, C., *Sobre el Concepto de Ley*, Trotta, Madrid, 2000.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1995.
- *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 1996.
- FERRAJOLI, L., *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Tomo I, trad. de P. Andrés Ibañez y otros, Trotta, Madrid, 2011.
- “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, trad. N. Guzmán, Doxa, núm. 34, Alicante, 2011.
- FIORAVANTI, M., *Los Derechos Fundamentales*, trad. M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 1998.
- *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, trad. de A. Mora y M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2014.
- GARCÍA AMADO, J. A., “¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomos XIII-XIV, Ministerio de Justicia, Madrid, 1996-1997.
- GARCÍA FIGUEROA, A., “El no positivismo principialista en Il diritto mite de Gustavo Zagrebelsky”, en *Anuario de Filosofía de Derecho*, Tomo XIII, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996-1997.
- GARZÓN VALDÉS, E., “Representación y Democracia”, en *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- GONZÁLEZ ORDOVÁS, M. J., *Ineficacia, Anomia y Fuentes del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2003.
- HABERMAS, J., *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 2000.
- HIERRO, L., *Estado de Derecho. Problemas actuales*, Fontamara, México, 2001.
- HOBBS, T., *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*, trad. de Miguel Ángel Rodilla, Tecnos, Madrid, 1992.
- JELLINEK, G., *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. de A. Posada, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2000.
- LAPORTA, F., *El Imperio de la Ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007.
- PECES-BARBA, G., *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid, 1982.
- *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986.

- “Desacuerdo y Acuerdos con una obra importante”, en *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico*, Dykinson, Madrid, 1999.
 - *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2010.
- PÉREZ ROYO, J., *Las Fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2001.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, 1997.
- *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998.
 - *El constitucionalismo de los derechos*, Trotta, Madrid, 2013.
- RECASÉNS SICHES, L., *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Porrúa, México, 1980.
- ROMANO, S., *El Ordenamiento jurídico*, trad. de S. y L. Martín-Retortillo, Reus, Madrid, 2012.
- ROUSSEAU, J. J., *El contrato social*, trad. de R. Cardiel Reyes, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984.
- SAIZ ARNÁIZ, A., *Los derechos fundamentales de los jueces*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- SALAZAR UGARTE, P., *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica, México, 2013.
- SUÁREZ ROMERO, M. A., “Estado Constitucional y Argumentación Jurídica en sede legislativa”, *Derechos y Libertades*, núm. 28, 2013.
- *Crisis de la Ley y Estado Constitucional. La argumentación jurídica del legislador*, Porrúa, México, 2015.
- TARELLO, G., *Cultura jurídica y política del derecho*, trad. de I. Rosas Alvarado, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
- VIOLA, F. y ZACCARIA, G., *Derecho e Interpretación. Elementos de Teoría Hermenéutica del Derecho*, trad. de A. De Cebeira, A. de Prada y A. Richart, Dykinson, Madrid, 2007.
- ZAGREBELSKY, G., *Il Diritto mitte. Legge diritti giustizia*, Giulio Einaudi editore, Torino, 1992. Trad. castellana de Marina Gascón, *El dercho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1999 (por la que se cita).
- *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2009. Trad. castellana de Manuel Martínez Neira y Adela Mora Cañada, *La Ley y su Justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Trotta, Madrid, 2014 (por lo que se cita).

MIGUEL ÁNGEL SUÁREZ ROMERO
Facultad de Derecho
Universidad Nacional Autónoma de México
Edificio Principal, Circuito Interior s/n,
Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán,
C.P. 04510, Ciudad de México
e-mail: masuarezr@derecho.unam.mx